



En lo principal : **Requerimiento de inaplicabilidad**

Primer otrosí : **Suspensión del procedimiento**

Segundo otrosí : **Acompaña documentos**

Tercer otrosí : **Personería**

Cuarto otrosí : **Patrocinio**

Excmo. Tribunal Constitucional

MARCELO CHANDÍA PEÑA, Abogado Procurador Fiscal de Santiago, del Consejo de Defensa del Estado, RUT 14.269.086-1, en representación del Fisco de Chile - Subsecretaría General de la Presidencia, ambos domiciliados para estos efectos en Agustinas N° 1225, 4 piso, Santiago, a SS. Excmo. con respeto digo:

Que, en conformidad con lo establecido en los artículos 93 N° 6 de la Constitución y 79 y siguientes de la ley N° 17.997¹, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, deduzco requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, solicitando se declare inaplicable el precepto legal contemplado en el artículo 28 inciso segundo, de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, en adelante también "Ley sobre Acceso a la Información Pública" en la causa rol Contencioso Administrativo N°417-2024 de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago. Ello, por cuanto la subsunción de la base fáctica del caso sub-lite a dicha normativa acarreará como efecto ineludible la infracción de lo dispuesto en las normas constitucionales que se detallarán más adelante.

I.) GESTIÓN PENDIENTE

El día 19 de junio de 2024, el Fisco de Chile-Subsecretaría General de la Presidencia presentó ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago un reclamo de ilegalidad contra el Consejo para la Transparencia, asignándosele el rol N°417-2024 Contencioso Administrativo.

En dicho reclamo se impugna la Decisión Amparo Rol C13201-23, adoptada en sesión ordinaria del Consejo Directivo N° 1438, de fecha 23 de mayo de 2024, en la cual se acordó lo siguiente:

 cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.



“I. Acoger el amparo deducido por don Joaquín Labbé Salazar en contra de la Subsecretaría General de la Presidencia; en virtud de los fundamentos expuestos precedentemente.

II. Requerir a la Sra. Subsecretaria General de la Presidencia, lo siguiente:

a) Entregue al reclamante el listado de todas las auditorías internas que ha recibido el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno; separado por año, mes, nombre de la institución que envía, título de la auditoría y resumen de cada una; ello, desde el año 2020 a la fecha que se realizó la solicitud.

Lo anterior, debiendo tarjar, en forma previa, todos los datos personales de contexto de personas naturales contenidos en la información solicitada, por ejemplo, RUT, domicilio particular, teléfono particular y correo electrónico particular, entre otros; ello, de conformidad a los artículos 2, letras f) y 4 de la ley N°19.628, sobre Protección de la vida privada; y en cumplimiento de la atribución otorgada a este Consejo por el artículo 33, letra m), de la Ley de Transparencia.

b) Cumpla dicho requerimiento en un plazo que no supere los 10 días hábiles para la entrega del listado de todas las auditorías internas que ha recibido el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, desde el año 2020 a la fecha que se realizó la solicitud; y 60 días hábiles para entregar la información separada por año, mes, nombre de la institución que envía, título de la auditoría y resumen de cada una de ellas. Lo anterior, contado desde que la presente decisión quede ejecutoriada, bajo el apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Transparencia, que sanciona la no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme, con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente. Si la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días.

c) acredite la entrega efectiva de la información señalada en el literal a) precedente, en conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 17 de la Ley de Transparencia, por medio de comunicación enviada al correo electrónico cumplimiento@consejotransparencia.cl, o a la Oficina de Partes de este Consejo (Morandé N° 360, piso 7º, comuna y ciudad de Santiago),

acompañando todos los medios probatorios, de manera que esta Corporación pueda verificar que se dio cumplimiento a las obligaciones impuestas en la presente decisión en tiempo y forma”.

En el reclamo se sostiene que la referida Decisión adolece de claros vicios de ilegalidad, en especial y en lo que aquí interesa, que la decisión reclamada afecta el debido cumplimiento de las funciones de la Subsecretaría General de la Presidencia y los derechos de las personas, invocándose las causales de reserva del artículo 21 número 1 y número 2 de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.

Por resolución de fecha 26 de junio del año 2024 se declaró inadmisibile el reclamo respecto de la causal de reserva del artículo 21 N° 1 y se le dio curso a la reclamación únicamente en relación a la causal del artículo 21 N° 2 del mismo cuerpo legal. Junto con lo anterior, confirió traslado al Consejo para la Transparencia y al tercero interesado, don Joaquín Labbé Salazar para que, dentro del plazo de diez días, presenten sus descargos u observaciones debiendo adjuntar los antecedentes que recaigan en el asunto que motiva la ilegalidad.

Así, se encuentra pendiente el reclamo de ilegalidad ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago.

II.) EL RECURSO CUMPLE LOS REQUISITOS PARA SER DECLARADO ADMISIBLE

El artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional enumera las causales que justificarían una declaración de inadmisibilidad de los recursos de inaplicabilidad. Como argumentaremos a continuación, este recurso da cumplimiento a todos los requisitos de admisibilidad que establece la Constitución y la propia ley.

II.1) El requerimiento ha sido formulado por una persona legitimada

El artículo 84 N° 1 de la referida ley dispone que se debe declarar la inadmisibilidad del requerimiento si no es formulado por una persona u órgano legitimado.

Son personas legitimadas, como dispone el artículo 79, las partes en la gestión pendiente. En este caso quien recurre es el Fisco-Subsecretaría General de la Presidencia que, como consta en el certificado adjunto, es parte de la gestión pendiente en causa Rol Contencioso Administrativo N°417-2024, seguida ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, pues presentó el reclamo de ilegalidad contra la decisión del Consejo para la Transparencia ya individualizada.

II.2) El precepto que se impugna no ha sido objeto de examen de constitucionalidad en sede de control preventivo, por los mismos vicios que aquí se alegan

El precepto que se impugna no ha sido objeto de un examen de constitucionalidad en sede de control preventivo, por los mismos vicios que aquí se alegan. En efecto, de la STC Rol 1051- 2008, en su considerando 22 y 30, se puede apreciar que el mencionado control solo tuvo por objeto examinar las normas que habían sido calificadas de rango orgánicas constitucionales y el control no profundizó en ninguno de los aspectos que en este requerimiento se alegan.

A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido consistente en cuanto a considerar que el control preventivo obligatorio es un control abstracto que no inhibe más tarde el control concreto por la vía de la inaplicabilidad dado la diferente naturaleza de ambos controles. Así, sentencias tales como las roles N° 707-2007 y N° 1564-2009 han sostenido que lo relevante en el análisis de este requisito de admisibilidad es que el control preventivo, abstracto por definición, no haya versado sobre el mismo vicio, como es el caso.

II.3) Existe una gestión pendiente que está en pleno desarrollo

El numeral 3 del artículo 84 dispone que debe declararse la inadmisibilidad *“cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada”*.

En este caso, según consta en el certificado que se acompaña, la gestión pendiente se tramita ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago bajo el rol Contencioso Administrativo N° 417-2024. Cabe señalar que ésta causa se encuentra en pleno desarrollo.

II.4) La norma cuya inaplicabilidad se pide es un precepto legal

Se impugna el inciso segundo del artículo 28 de la Ley sobre Acceso a la Información Pública. El mencionado precepto dispone, en su inciso segundo:

“Los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21”.

II.5) El precepto legal que se pide inaplicar tendrá aplicación y resultará decisivo para la resolución del asunto

Conforme a lo dispuesto por su S.S. Excma. *“para efectos de verificar los elementos que hacen procedente la acción de inaplicabilidad, ha determinado que basta que la aplicación del precepto legal en cuestión “pueda” resultar decisiva en la gestión pendiente (STC Rol N° 1405); o bien que el juez de fondo tenga la “posibilidad” de aplicar dicho precepto (STC roles N°s 501, 505, 634, 709 y 943)”*².

En el caso que nos ocupa el precepto legal que se solicita declarar inaplicable ha sido invocado por la Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago para declarar inadmisibile el reclamo de ilegalidad interpuesto por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia respecto del artículo 21 N° 1 de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, señalando que dará curso a la reclamación únicamente respecto a la causal contemplada en el artículo 21 N° 2. Dicha resolución aún no se encuentra firme por lo que será objeto de impugnación por esta parte dentro de plazo, lo que da cuenta de lo decisivo de la norma al resolver tal petición.

La Ittma. Corte de Apelaciones de Santiago pretendió delimitar ex ante su competencia señalando que, al momento de resolver el fondo del asunto y, en consecuencia, el reclamo de ilegalidad únicamente se pronunciará respecto de la causal del artículo 21 N° 2, más no respecto de aquella causal debidamente invocada y fundamentada por la Subsecretaría General de la Presidencia para justificar la imposibilidad de entregar la información requerida por el solicitante.

II.6) El requerimiento está debidamente fundado

Por último, como se analizará a continuación, el requerimiento se encuentra debidamente fundado pues razona sobre la base de las normas legales en juego y como ellas producen como resultado la infracción constitucional, teniendo en consideración la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como la doctrina relevante.

III.) ANTECEDENTES

Con fecha 10 de noviembre de 2023, el Sr. Joaquín Labbé presentó a la Subsecretaría General de la Presidencia, la siguiente solicitud de información:

“En virtud a la ley 20.285 solicito copia y/o acceso al listado de todas las auditorías internas que ha recibido el Consejo de Auditoría Interna General

² STC rol N° 1463-09, C.7°.

de Gobierno. Esto separado por año, mes, nombre de la institución que envía, título de la auditoría y resumen de cada una. Esto desde el año 2020 a la fecha que se realizó la solicitud. Recordar que, bajo el principio de la divisibilidad, conforme a lo que contenga información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal (sea por reserva o pruebas), se dará acceso a la primera y no a la segunda. Además, de ser necesaria la autorización de un tercero para dar acceso a la información requerida, conforme a lo indicado en la Ley anteriormente mencionada y diversos dictámenes del Consejo para la Transparencia, la autoridad podrá denegar el acceso sólo si la oposición del tercero se fundamenta en alguna de las causales expresamente señaladas en el artículo 21 de la Ley 20.285. De ser así, por favor, tachar sólo ese contenido específico”.

El 11 de diciembre de 2023, dicha Subsecretaría respondió al requerimiento de información mediante el Oficio Ordinario (U.F.I.) N° 2218, donde denegó la entrega de la información, en base a las causales establecidas en los artículos 21 N° 1 letra c) y N° 2 de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.

Con fecha 11 de diciembre de 2023, el solicitante dedujo amparo de su derecho de acceso a la información contra dicha Subsecretaría, fundado en la respuesta negativa a la solicitud de información antes señalada.

Así, mediante Oficio N° E2152, de 30 de enero de 2024, se confirió traslado a dicha Subsecretaría quien dio respuesta mediante el Oficio Ordinario (U.F.I.) N° 283, de 15 de febrero de 2024, presentando los siguientes descargos para fundamentar la negativa a la solicitud de acceso a la información.

Con fecha 23 de mayo de 2024, se desarrolló la sesión ordinaria N° 1438, mediante la cual el CPLT adoptó la decisión reclamada, en la cual se acordó lo siguiente:

“I. Acoger el amparo deducido por don Joaquín Labbé Salazar en contra de la Subsecretaría General de la Presidencia; en virtud de los fundamentos expuestos precedentemente.

II. Requerir a la Sra. Subsecretaria General de la Presidencia, lo siguiente:

a) Entregue al reclamante el listado de todas las auditorías internas que ha recibido el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno; separado por año, mes, nombre de la institución que envía, título de la auditoría y resumen de cada una; ello, desde el año 2020 a la fecha que se realizó la solicitud.

Lo anterior, debiendo tarjar, en forma previa, todos los datos personales de contexto de personas naturales contenidos en la información solicitada, por ejemplo, RUT, domicilio particular, teléfono particular y correo electrónico particular, entre otros; ello, de conformidad a los artículos 2, letras f) y 4 de la ley N°19.628, sobre Protección de la vida privada; y en cumplimiento de la atribución otorgada a este Consejo por el artículo 33, letra m), de la Ley de Transparencia.

b) Cumpla dicho requerimiento en un plazo que no supere los 10 días hábiles para la entrega del listado de todas las auditorías internas que ha recibido el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, desde el año 2020 a la fecha que se realizó la solicitud; y 60 días hábiles para entregar la información separada por año, mes, nombre de la institución que envía, título de la auditoría y resumen de cada una de ellas. Lo anterior, contado desde que la presente decisión quede ejecutoriada, bajo el apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Transparencia, que sanciona la no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme, con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente. Si la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días.

c) Acredite la entrega efectiva de la información señalada en el literal a) precedente, en conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 17 de la Ley de Transparencia, por medio de comunicación enviada al correo electrónico cumplimiento@consejotransparencia.cl, o a la Oficina de Partes de este Consejo (Morandé N° 360, piso 7º, comuna y ciudad de Santiago), acompañando todos los medios probatorios, de manera que esta Corporación pueda verificar que se dio cumplimiento a las obligaciones impuestas en la presente decisión en tiempo y forma”.

A esta sesión concurrieron los consejeros Sres. Bernardo Navarrete y Roberto Munita, y las consejeras Sras. Natalia González y María Jaraquemada. Sin embargo, tal decisión no fue unánime, pues sólo concurrieron al voto de mayoría el consejero Sr. Bernardo Navarrete y las consejeras Sras. Natalia González y María Jaraquemada.

En cambio, concurrió al voto disidente el consejero Sr. Roberto Munita, quien sostuvo que el amparo debió rechazarse, toda vez que, en atención a los antecedentes y

fundamentación aportada por dicha Subsecretaría, se configura la causal de secreto o reserva relativa a la distracción indebida de funcionarios, por la concurrencia de los factores establecidos en la Instrucción General del Consejo para la Transparencia en la materia.

Con fecha 19 de junio de 2024, el Fisco-Subsecretaría General de la Presidencia interpuso reclamo de ilegalidad contra la Decisión señalada, dando lugar a la gestión pendiente individualizada en el capítulo I precedente.

A lo largo de este procedimiento, tanto administrativo como judicial, la Subsecretaría General de la Presidencia ha fundamentado la configuración de la causal establecida en el artículo 21 N° 1 letra c) de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, pues el CAIGG carece del personal suficiente para atender debidamente a la solicitud de información. En efecto, se ha indicado que en el CAIGG sólo 15 personas tienen la capacidad técnica para responder el requerimiento de información en los términos en que ha sido solicitada. Así, estos funcionarios tendrían que revisar 970 informes, de modo que, en total, se utilizarían más de 28.000 horas-persona para efectos de sólo responder el requerimiento de información.

IV.) JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL REITERADA

Es indispensable mencionar que respecto de la materia objeto del presente requerimiento existen diversas sentencias de este Excmo. Tribunal Constitucional que han declarado inaplicable la norma aquí invocada.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha acogido los requerimientos de inaplicabilidad respecto del artículo 28 inciso segundo de la Ley sobre Acceso a la Información Pública en diversas ocasiones. Al respecto, es posible mencionar las sentencias roles N° 14.434-2023; 13.015-2022; 13.155-2022; 11.150-2021; 10.151-2021; 10.175-2021; 10.981-2021; 12.458-2021; 9.223-2020; 9.156-2020; 6.126-2019; 2997-2016, entre otras.

El Tribunal Constitucional ha fundado las sentencias que acogen la inaplicabilidad en diversos argumentos:

- i) El primero es que constituye una carga excesiva para el órgano público agotar la vía administrativa y no tener posteriormente posibilidad de reclamar;
- ii) La norma que se impugna presenta una asimetría sin justificación entre los órganos administrativos y los particulares;
- iii) La historia fidedigna del precepto no da cuenta de una argumentación que logre superar un estándar suficiente.

En este sentido, la sentencia rol N° 14.434-2023, de 19 de diciembre de 2023, resolvió lo siguiente:

“DÉCIMO SEXTO: *En el escenario planteado, **la norma impugnada se revela abusiva desde la perspectiva del órgano de la Administración.** Lo anterior, toda vez que para aquel una decisión adversa adoptada en la vía administrativa abierta a instancias del solicitante de la información, que revierte la denegación de la información fundada en la causal del artículo 21 N° 1 de la Ley N° 20.285, deviene en inimpugnable, siendo entonces las alegaciones que el órgano Administrativo planteó no sólo frente al solicitante sino que también frente al Consejo para la Transparencia, ponderadas de modo definitivo por éste.*

Como puede apreciarse, la vía administrativa que se abre resulta, en aquel caso, excesivamente gravosa para el órgano de la administración, no así para el solicitante de la información, pues aquel, en caso de no conformarse con lo resuelto por el Consejo para la Transparencia, puede – pese a haber discutido en sede administrativa la procedencia de la entrega de la información que finalmente se le denegó – acudir a la tutela de un órgano jurisdiccional, para discutir nuevamente respecto de la entrega de la información.

DÉCIMO SÉPTIMO: *De esta suerte, **el agotamiento de la vía administrativa que supone el sistema recursivo contenido en la Ley N° 20.285 está diseñado en términos tales que resulta inconstitucional por afectar el debido proceso,** en tanto no existe una vía judicial abierta para el órgano de la Administración para cuestionar la decisión del Consejo, en virtud del efecto inhibitorio ya descrito, que produce naturalmente la norma impugnada.*

En términos prácticos, el precepto impugnado implica que la decisión del referido Consejo se resuelve en “única instancia”, sin que exista la posibilidad de acudir a un tercero independiente e imparcial, equidistante respecto de las partes en disputa, es decir, un Tribunal de Justicia, que resuelva el conflicto de relevancia jurídica que se produce por las posiciones encontradas entre el órgano que alegó la causal del artículo 21 N° 1 de la Ley N° 20.285 – para denegar la entrega de la información – y el Consejo para la Transparencia que descarta su concurrencia, para conferir el acceso solicitado”.

De lo anotado más arriba aparece claramente que no estamos -entonces- ante un debate desconocido, sino que, por el contrario, se trata de una norma cuya inaplicabilidad

por inconstitucionalidad ha sido configurada por la propia jurisprudencia constitucional. Son estos precedentes, como veremos, los que conducen a acoger este requerimiento.

V.) CONFLICTO CONSTITUCIONAL

La aplicación a la gestión pendiente de la norma legal señalada traerá como consecuencia la conculcación de los siguientes preceptos constitucionales:

1. Artículo 8°, inciso segundo en cuanto establece que la publicidad es respecto de actos y resoluciones además de sus fundamentos, así como que puede determinarse el secreto o reserva de los actos o resoluciones *“cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos”* (del Estado).
2. Artículo 19 N°3, incisos primero, segundo y sexto, en cuanto consagra los derechos a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, a la defensa jurídica y al debido proceso legal, en su vertiente, del derecho al recurso.

V.1) El precepto impugnado vulnera el artículo 8° de la Constitución

El artículo 8° de la Constitución, en la parte que aquí interesa, fue incorporado por la Reforma Constitucional del 2005. La incorporación al texto de nuestra Constitución del principio de probidad y transparencia se considera hasta hoy como un hito relevante. Ambos principios se han insertado plenamente en las bases del derecho público chileno y su configuración y profundización tanto por la doctrina como por la jurisprudencia es hoy indudable.

El inciso segundo del artículo 8° establece que *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.”*

V.2) La aplicación del art. 28, inciso segundo vulnera el artículo 8° de la Constitución al subvalorar una causal de reserva establecida en la propia Carta Fundamental

La norma cuya inaplicabilidad se pide, el artículo 28 inciso segundo ya individualizado, vulnera en el caso concreto el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental porque subvalora sin fundamento alguno una de las cuatro causales de reserva que autoriza la Constitución. En efecto, son cuatro las causales que, al amparo de una ley de quórum calificado, pueden invocarse para justificar la reserva de un acto o resolución: i) los derechos de las personas; ii) la seguridad de la Nación; iii) el interés

nacional; y iv) la afectación del debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado.

Cada una de estas causales, como ha sostenido el Tribunal Constitucional, se encuentran en el mismo nivel; *“ninguna de ellas tiene más valor que la otra, siendo todas ellas tratadas de modo igualitario por la Constitución, la que no las jerarquiza ni contiene elementos que permitan hacer primar unas por sobre las otras”* (STC roles N° 14.434-2023, c. 12; N° 9223-20, c. 14; N° 6126-19, c. 14).

Sin embargo, en el caso concreto y por haberse invocado la afectación del debido cumplimiento de las funciones de un órgano del Estado, se impide que el asunto sea revisado por un órgano jurisdiccional y se exige que la controversia se resuelva exclusivamente por el Consejo para la Transparencia. Esto no solo distingue sin fundamentos entre causales de reserva que tienen la misma valoración constitucional, sino que además omite que el órgano primeramente llamado a velar por el debido cumplimiento de sus funciones es el propio órgano que invoca la causal y no el Consejo para la Transparencia. Así como el primer llamado a invocar la causal de reserva de la protección de los derechos de terceros son los titulares de esos derechos, en este caso es el propio órgano que invoca la causal el que institucionalmente está llamado a velar por su buen funcionamiento.

En tal sentido, no se debe pasar por alto que el CAIGG no tiene la naturaleza jurídica de un servicio público. Se trata de un órgano asesor del Presidente de la República al que le corresponde desarrollar, permanentemente, una coordinación técnica de la actividad de las unidades de auditoría interna de los servicios públicos dependientes o relacionados con el Ejecutivo, elaborar documentación técnica, prestar orientación general, proponer al Presidente de la República los objetivos gubernamentales de auditoría interna, el desarrollo de planes de capacitación y lineamientos técnicos necesarios para el desarrollo y actualización de competencias de los auditores internos gubernamentales. En ejercicio de lo anterior se coordina técnicamente con Ministerios, Subsecretarías y jefes de Servicio.

Luego, dentro de este únicamente existen 15 personas con las competencias técnicas y profesionales para revisar informes de auditoría y, en particular, los 14.555 informes requeridos, lo que afectaría severamente el desarrollo de las obligaciones que el CAIGG debe cumplir, pues implicará que cada una de estas personas deba volcarse a revisar y sistematizar 970 informes. La sistematización y resumen de cada uno de estos, requiere un tiempo de, al menos, dos horas por la necesidad de cumplir con todos los requerimientos de la solicitud, además de tarjar los datos personales. Debe considerarse que hay informes que pueden llegar a tener más de 50 páginas. En tal sentido, cada una de estas 15 personas

requeriría 1.940 horas para poder sistematizar los 970 informes que corresponde a cada uno. De tal forma, la totalidad de horas-persona que debieran dedicar sería de 29.100. Por tanto, dar cumplimiento al requerimiento de información, en los términos en que este ha sido expuesto, demoraría más de 48 semanas, distraendo a 15 personas de sus funciones habituales y necesarias durante todo este lapso, para sólo dedicarse a sistematizar la información requerida por el solicitante.

La centralidad de la causal invocada en el caso concreto -el debido cumplimiento de las funciones del órgano del Estado- hace que sea más inexplicable aún la subvaloración y menosprecio que la ley le concede a esta causal constitucionalmente reconocida. Se trata, como ha sostenido SS Excm., de una *“causal legítima que el legislador no puede subvalorar”* (STC roles N° 14.434-23, c.12°; 10175-21, c. 43; N° 11561-21, c. 15; N° 9622-20, c. 42; N° 9223-20, c. 14) y hay una subvaloración evidente cuando la configuración de esta causal queda solo entregada al órgano administrativo (en este caso el Consejo para la Transparencia) sin que pueda un poder del Estado, como el Poder Judicial, apreciar su alcance y juzgar la adecuada interpretación de la norma constitucional.

V.3) El precepto impugnado vulnera el artículo 19 N°3 de la Constitución

El artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental reconoce a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Inserto en este numeral, la jurisprudencia y la doctrina encuentran también una serie de otros derechos y libertades que suelen denominarse como el *“debido proceso”* y la *“tutela judicial efectiva”*. Sin ánimo de entrar a profundizar en el alcance de estos derechos, lo relevante para este requerimiento es que el artículo 19 N°3 garantiza a las partes en litigio la posibilidad de recurrir a tribunales para la resolución de sus conflictos en un pie de igualdad y someterse a un *iter procesal* que, por sus características esenciales, se califica como un debido proceso.

El precepto cuya inaplicabilidad se solicita vulnera esta norma constitucional pues impide que el Fisco – Subsecretaría General de la Presidencia, una de las partes en el proceso administrativo ante el Consejo para la Transparencia, pueda impugnar la calificación que ha hecho éste de la norma constitucional.

V.4) Los órganos del Estado pueden reclamar la protección del artículo 19 N° 3 de la Constitución

Previo a profundizar en ello corresponde detenernos en la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales. No escapa a esta parte la discusión que existe en el propio Tribunal Constitucional y en general en la doctrina sobre si un órgano del Estado puede o

no reclamar amparándose en alguno de los derechos del artículo 19 de la Constitución. La pregunta ha evolucionado en el tiempo y así si originalmente se pensaba que solo las personas naturales eran titulares de derechos fundamentales, con el tiempo se ha ido extendiendo dicha titularidad a las personas jurídicas o personas morales en ciertos casos específicos. Este mismo Tribunal Constitucional tiene ya consolidada jurisprudencia al respecto, reconociendo la titularidad de derechos respecto de personas jurídicas tales como la libertad de expresión, la honra, la propiedad y recientemente la libertad de conciencia.

Que sea el Estado el que reclama la protección del 19 N°3 en este caso concreto no es una cuestión que debiera ser objeto de debate. A esta altura del desarrollo jurisprudencial, y como anota Manuel Núñez, una razón que explica que diversas cortes reconozcan la titularidad de derechos de parte del Estado es que *“pareciera que, bajo el art. 19 de nuestra Constitución se contienen reglas y principios de justicia de contenido algo más amplio que la noción clásica de derechos ‘humanos’ o ‘fundamentales’”* y luego agrega algo relevante para este requerimiento: *“En este sentido, bajo la apariencia de ‘derechos’ el constituyente incluyó principios generales como el debido proceso o derechos subjetivos patrimoniales como el de propiedad que, en su dimensión de derecho objetivo, pueden también ser reclamados por el Estado y sus órganos personificados”*³.

Este es el planteamiento que ha adquirido fuerza en nuestro derecho como queda de manifiesto de nuestra propia práctica jurisprudencial en la que los órganos del Estado litigan, por la vía del recurso de protección, en diversas ocasiones amparados en el ejercicio de derechos reconocidos en el artículo 19 de la Constitución. Lo mismo puede deducirse si se examina la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las sentencias que se pronuncian sobre impugnaciones a la misma norma que hoy se examina. En todas ellas, como se anotó más arriba, S.S. Excma. ha declarado la inaplicabilidad sobre la base de la vulneración del artículo 19 N°3 y es que esta disposición consagra un conjunto de garantías y reglas básicas de lo que denominamos debido proceso que benefician a los sujetos partes de un litigio no exclusivamente en razón de su dignidad inherente, sino que principalmente en su calidad de parte en un litigio. Como tal, también puede ser reclamado por personas jurídicas y órganos del Estado.

Cabe señalar, que incluso los votos de minoría en tales sentencias han reconocido que al Consejo de Defensa del Estado se le ha *“conferido expresamente una especie de legitimación en causa activa para defender en juicio ciertos derechos o intereses colectivos,*

³ NÚÑEZ, MANUEL. Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales. Revista de Derecho Público 63 (2001), pp. 205.

[por lo que] pueden exigir una ecuaníme aplicación del derecho al debido proceso legal, en iguales términos que a las personas reconoce la Constitución” (STC rol N° 9223-20, n. 2).

Por todo lo anotado más arriba es que los órganos del Estado pueden fundar una inaplicabilidad como la que se analiza en la vulneración del artículo 19 N°3.

V.5) La aplicación del artículo impugnado genera un efecto contrario al artículo 19 N° 3 de la Constitución.

En lo que aquí es necesario destacar, el artículo 19 N°3 en sus incisos primero, segundo y sexto consagra los derechos a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, a la defensa jurídica y al debido proceso legal, en su vertiente del derecho al recurso. Desde diversas perspectivas éstos se ven violentados por la aplicación del precepto legal que este requerimiento impugna.

En efecto y tal como lo ha señalado este Excmo. Tribunal en varias oportunidades, la norma impugnada establece una prohibición (“*no tendrán derecho a reclamar*”) que solo tiene como destinatarios a los órganos de la Administración del Estado. Dicha prohibición se aplica cuando concurren tres requisitos: (i) que el órgano de la administración del Estado haya negado el acceso a la información; (ii) que la negativa se funde en la causal consistente en la afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; y (iii) que el CPLT haya conferido el acceso a la información que el Servicio denegó⁴.

Ya anotamos que impedir recurrir subvalora una causal de reserva establecida en el artículo 8° de la Constitución. Ahora corresponde argumentar que esta subvaloración no solo vulnera el artículo 8° sino también el artículo 19 N° 3, pues, por una parte, impide que ésta sea ponderada e interpretada por un órgano jurisdiccional y por otra, que un órgano del Estado haga valer sus alegaciones en plenitud; todo ello sin justificación alguna que permita apreciar la razonabilidad de una regla como la que se ha solicitado inaplicar.

V.6) Impide que un conflicto de relevancia jurídica sea resuelto por los tribunales de justicia

Al prohibir que el órgano del Estado pueda fundar su reclamo en la causal contenida en el artículo 21 N°1, que replica la causal contenida en el artículo 8 de la Constitución, la norma del artículo 28, inciso segundo lo que hace es impedir que un conflicto de relevancia jurídica sea resuelto por los tribunales.

⁴ STC roles N° 14.434-23, c.4; N° 9923-20, c. 5 y 6.

Ante todo, se trata de un conflicto de relevancia jurídica pues el órgano del Estado fundamenta la reserva, en que la entrega de la información afecta gravemente el debido cumplimiento de las funciones que le encomienda nuestro ordenamiento jurídico al Consejo de Auditoría General de Gobierno. El Consejo para la Transparencia, por su parte, considera que tal afirmación es incorrecta y no ha sido demostrada. ¿Quién es el llamado a resolver tal controversia? El precepto legal impugnado le entrega tal decisión al Consejo para la Transparencia sin que el respectivo órgano del Estado pueda ocurrir ante quienes, por expresa disposición constitucional (artículo 76) están llamados a ejercer la jurisdicción, esto es, *“el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponde intervenir”*⁵.

Esta exclusividad del Consejo para la Transparencia se torna aún más gravosa en el caso concreto pues ello impide que un órgano externo pueda ponderar adecuadamente todos los elementos en juego. De hecho, la decisión del CPLT solo argumentó en algunas líneas que la información requerida era de interés público y elaborada con recursos públicos. Nada más. Si esa argumentación no puede, por una disposición legal, ser contrastada, sea para complementarla o contradecirla, es evidente que la causal de reserva reconocida en la Constitución se transformará en una causal *“dormida”*⁶.

V.7) Impide que el órgano del Estado, en este caso, el Consejo de Auditoría General de Gobierno pueda hacer valer adecuadamente sus defensas.

Como consecuencia de lo anotado, el órgano del Estado que, por aplicación del artículo 28 inciso segundo, no puede impugnar ante tribunales la decisión del Consejo para la Transparencia, ve impedido que sus alegaciones sean ponderadas en una sede distinta, no administrativa sino jurisdiccional, que pondere las reglas y derechos en juego con mayor distancia e imparcialidad.

La jurisprudencia de S.S. Excma. ha validado esta argumentación cuando señala que al órgano del Estado se le impone una carga excesiva por el hecho de exigirle agotar la vía

⁵ STC 165 c. 1, STC 346 c. 43, STC 472 c. 15, STC 478 c. 13, STC 499 c. 15, STC 554 c. 8, STC 616 c. 24, STC 815 c. 7, STC 2159 c. 11, STC 2301 c. 35, STC 2731 c. 94, STC 2727 c. 32, STC 2066 c. 33, STC 2865 c. 35, STC 2866 c. 35.

⁶ Es posible sostener que el único espacio que la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia ha abierto al despliegue de esta causal es en aquellos casos en que se invoca el privilegio deliberativo. En los demás casos, bien puede afirmarse que está cláusula constitucional está dormida. Ver MUÑOZ, ANA MARÍA. Los criterios del Consejo para la Transparencia sobre el privilegio deliberativo. En Transparencia y Sociedad N° 2, 2014, pp. 81 – 94.

administrativa ante el Consejo para la Transparencia y luego negarle la posibilidad de reclamar.

Así, en sentencia rol 2997-2016, el Tribunal Constitucional calificó como una “*carga abusiva*” que no se permita que el órgano de la Administración del Estado pueda reclamar. Al respecto, señaló: “*Dicho de otra forma, se le impone un doble gravamen. Por una parte, el de debatir sus decisiones ante el Consejo. Por la otra, el de no poder impugnar la decisión de dicho Consejo.*” Y concluye el mismo fallo sosteniendo que “*el agotamiento de la vía administrativa se vuelve inconstitucional, pues afecta el debido proceso, dado que no hay vía judicial abierta para cuestionar la decisión del Consejo. Dicha decisión se resuelve en ‘única instancia’*”⁷.

De esta forma, la existencia de una carga abusiva o un doble gravamen, para usar las expresiones de S.S. Excm., vulnera la posibilidad que tienen los órganos de la Administración de defenderse en plenitud invocando todas las causales legales que la propia Constitución contempla. Si bien es cierto que este órgano planteó sus argumentos en sede administrativa, es evidente que ellos no fueron ponderados adecuadamente a la luz del mandato constitucional por lo que se requiere -como lo garantiza el artículo 19 N° 3-, un examen ante la Illma. Corte de Apelaciones para que sea ésta la que ahora evalúe el alcance de la causal invocada y los aspectos fácticos que permiten deducir la reserva de la información solicitada.

V.8) No hay razón suficiente que permita justificar tal limitación

Por último, podría argumentarse que la prohibición de reclamar de la decisión del Consejo para la Transparencia que contempla el artículo 28 inciso segundo de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, objeto de esta inaplicabilidad, tiene un fundamento suficientemente poderoso como para justificar las restricciones al artículo 19 N°3 que se han planteado. Sin embargo, nada de ello puede encontrarse.

¿Cuál sería la justificación de una norma como la que se examina? La historia de la Ley sobre Acceso a la Información Pública no ofrece una explicación acabada de la prohibición. Solo da cuenta de una decisión de acotar la posibilidad de reclamar de los órganos de la Administración respecto de las decisiones del Consejo para la Transparencia. Así, inicialmente la prohibición se extendía no solo a la causal vinculada con la afectación del debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, sino que también en los casos que se invocara los derechos de las personas. Sin embargo, en la Comisión de

⁷ STC rol N° 2997-2016, c. 19 y 20.

Constitución de la Cámara de Diputados se eliminó esta última restricción quedando únicamente subsistente aquella que ahora se cuestiona⁸. Más adelante, el entonces Diputado Jorge Burgos ratificó esta restricción señalando: *“Ante alguna resolución del Consejo que otorgue la publicidad, la posibilidad de operación del órgano del Estado es mucho más restringida. En cambio, el particular, el chileno de a pie, la señora Juanita, puede apelar de todo”*⁹.

Como puede apreciarse no hay una reflexión acabada que permita sustentar una limitación al debido proceso de los órganos de la Administración del Estado como la que se discute.

Con todo, más adelante se ha justificado esta norma en el espíritu que inspiró la incorporación del artículo 8° a la Constitución en la Reforma Constitucional del año 2005. En efecto, como es conocido, el principio de transparencia y los mecanismos de acceso a la información pública nacen en nuestro derecho a fines de los años noventa, en la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado. Con todo, en tal cuerpo legal se establecía que los órganos de la Administración podían determinar por medio de una resolución que determinados actos administrativos y procedimientos serían reservados. Eso generó, en los hechos, que la regla general fuera la reserva y la publicidad fuera solo una excepción. Por eso el artículo 8° de la Carta Fundamental fue, entre otras cosas, una reacción a aquella práctica¹⁰ y la Ley sobre Acceso a la Información Pública, dictada años después, se inspira en los mismos propósitos.

Es perfectamente posible coincidir con tal reflexión sin necesidad de suscribir la constitucionalidad del artículo cuya inaplicabilidad se pide en este caso concreto. Si lo que se busca es evitar reiterar prácticas que pudieran dañar la transparencia en la Administración del Estado, la norma en cuestión no contribuye a ello. Más bien su único efecto ha sido desactivar una causal establecida en la propia Constitución. Ello pues, como también ha argumentado S.S. Excm., la ley ya contempla un mecanismo para impedir que los órganos de la administración pudiesen abusar de aquella causal de reserva o secreto, y precisamente por ello es que se establece la posibilidad de impugnar la determinación de la reserva por el órgano respectivo ante el CPLT y, más tarde, incluso reclamar de aquello ante la Corte de Apelaciones. Lo inexplicable es que posteriormente la ley deje de ponderar

⁸ Historia de la ley N° 20.285, pág. 150. En www.leychile.cl

⁹ Ídem, pág. 196.

¹⁰ Ver, entre otros, Fernández, Miguel Ángel. 2005. El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8°, inc. 2° de la Constitución; Ramírez, J.A., 2005. Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: alcances de la nueva Constitución de 2005. Ambos en: Zúñiga, Francisco (editor). Reforma Constitucional. Lexis Nexis.

la variable de exceso o abuso, pero esta vez de parte del CPLT, pues estima no revisable su decisión.

Por todo lo anterior, no cabe duda alguna que la aplicación del artículo 28, inciso segundo, de la Ley sobre Acceso a la Información Pública vulnera los derechos a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, a la defensa jurídica y al debido proceso legal, en su vertiente, del derecho al recurso, consagrados en el artículo 19 N° 3 (incisos primero, segundo y sexto) de la Carta Fundamental.

Por tanto, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 93 N° 6 de la Constitución; 79 y siguientes de la ley N° 17.997, LOC del Tribunal Constitucional,

Sírvase SS. Excm.: tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, acogerlo a tramitación y, en definitiva, declarar inaplicable el inciso segundo del artículo 28 de la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, respecto de la causa rol Contencioso Administrativo N° 417-2024 seguida ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago.

Primer otrosí: En virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso 11 de la Constitución y en el artículo 85 de la Ley 17.997, solicito a SS. Excm., disponer la inmediata suspensión del procedimiento en los autos rol Contencioso Administrativo N°417-2024 ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, en actual tramitación. Hago presente que la suspensión inmediata es indispensable para que el pronunciamiento que en definitiva se adopte pueda tener efecto, toda vez que la reposición contra la resolución que declaró la inadmisibilidad parcial del reclamo de ilegalidad rol contencioso administrativo N° 417-204, puede ser resuelto en cualquier momento.

Segundo otrosí: Para efectos de lo dispuesto en el artículo 79 inciso segundo de la ley N° 17.997, vengo en acompañar:

- 1.- Decisión de Amparo del Consejo para la Transparencia Rol N° C13201-23.
- 2.- Copia de reclamo de ilegalidad Rol N° 417-2024 contencioso administrativo de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago
- 3.- Certificado emitido con fecha 28 de junio de 2024 por la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago

Tercer otrosí: Sírvase US. tener presente que mi personería para actuar como Abogado Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado consta en Resolución TRA N° 45/4/2023 del 16 de noviembre de 2023, que acompañó con citación. En dicha calidad y

de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 3º y 24 del DFL N°1, de 1993, de Hacienda, represento judicialmente al Fisco de Chile en la presente causa.

Cuarto otrosí: Sírvase S.S.E. tener presente que, sin perjuicio de mi facultad legal para representar al Fisco de Chile, y de conformidad con lo previsto en los artículos 24 y 42 del D.F.L. N°1 de 1993, del Ministerio de Hacienda, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumo personalmente el patrocinio y poder en esta causa, fijando como domicilio el de calle Agustinas N°1225, 4º Piso, de la comuna y ciudad de Santiago.

CVR/ 2578-2024/ VGE